

Proceso n° 33107

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado acta N° 374

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

V I S T O S

La Corte decide respecto del cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad, logicidad y debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de MARÍA XIMENA ARIZA GARCÍA.

A N T E C E D E N T E S

1. Los hechos fueron sintetizados por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

“MARÍA XIMENA ARIZA GARCÍA, fue vinculada a la Lonja de Propiedad Raíz de Santander como Asistente de Gerencia durante el período comprendido entre el 11 de junio y el 11 de noviembre de 2003, luego de lo cual se encontraron irregularidades e inconsistencias en los movimientos contables y modificaciones en los estados financieros aprobados por el Consejo Directivo, razón por la cual se realizó una auditoria de cuentas de caja y bancos,

en la que se demostró la sustracción de las consignaciones entregadas por la funcionaria encargada del Departamento de caja, dinero en efectivo, los cuales soportó contablemente con consignaciones falsas, y eliminando los registros del programa de contabilidad. Una vez descubierta la acusada reintegró las sumas de dinero”.

2. Iniciada y agotada la investigación, la Fiscalía Veinticuatro Seccional de Bucaramanga, el 30 de diciembre de 2004, profirió resolución de acusación en contra de María Ximena Ariza García por el delito de falsedad en documento privado (artículo 289 del Código Penal, Ley 599 de 2000), decisión que quedó ejecutoriada el 3 de febrero de 2005. Así mismo, por haber indemnizado integralmente a la víctima, se le precluyó la investigación por el delito de hurto agravado.

3. En el curso del juicio y con base en la solicitud elevada por la procesada y coadyuvada por su defensor, el 30 de mayo de 2007 se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos, dentro de la cual María Ximena Ariza García aceptó, de manera libre, voluntaria y asistida, el cargo que le fue formulado en la resolución de acusación.

4. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia anticipada fechada el 4 de agosto de 2008, condenó a María Ximena Ariza García a la pena principal de 16 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autora del delito de falsedad en documento privado. Así mismo, por no reunirse el factor subjetivo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. Apelado el fallo por el defensor de la procesada, quien se mostró inconforme porque no se aplicó la rebaja de pena por razón de la confesión y por la no concesión de los citados sustitutos penales, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de

Bucaramanga, el 22 de julio de 2009, lo modificó en el sentido de reconocer dicha confesión y aplicar por favorabilidad el artículo 356 de la Ley 906 de 2004 en lugar del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y, en consecuencia, al redosificar la sanción, impuso a María Ximena Ariza García la pena principal de 13 meses y 10 días de prisión. Del mismo modo, le concedió la prisión domiciliaria. En lo demás lo confirmó.

6. Contra esta determinación, el citado profesional del derecho interpuso el “EXTRAORDINARIO RECURSO DE CASACIÓN”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de la procesada Ariza García, al amparo de la causal primera de casación, en un único cargo acusa al Tribunal de haber incurrido en “indebida aplicación del artículo 63 del Código Penal, en cuanto a lo que tiene que ver con el FACTOR SUBJETIVO de mi representada”.

Considera que el juzgador desconoció el principio non bis in idem, toda vez que en la sentencia impugnada, para efectos de negar la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, “se tuvieron en cuenta las mismas circunstancias plasmadas en sede de la individualización de la pena, esto es, el hecho de ya haberse proferido en contra de la implicada una sentencia de condena (por un hecho posterior al que hoy nos ocupa), y veladamente aquella que hace referencia con la posición distinguida de la actora en la sociedad, no deducida en el pliego acusatorio, lo cual constituye una doble valoración que afecta seriamente dicho principio y por ende el debido proceso”.

Afirma que su defendida es merecedora del mencionado sustituto penal, pues se reúnen todos los requisitos que la ley exige para su reconocimiento, además de que se trata de una persona que para la época de los hechos carecía de antecedentes penales y cuenta en la actualidad “con una familia, con arraigo, dedicada por completo a las labores académicas y docentes, mereciendo una oportunidad de demostrarle a la

sociedad que su vinculación a este proceso ha sido más que suficiente para reprimir su falta y con ello poner a prueba el real propósito de la enmienda”.

Opina que “la prueba obrante en el expediente permite colegir, sin lugar a equívocos, que de llegarse a conceder este beneficio no se colocará en peligro la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena de prisión”, máxime cuando el delito por el cual se acogió a sentencia anticipada no reviste la gravedad que podría implicar, por ejemplo, un homicidio.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, por ende, se conceda a su representada la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se hace necesario recordar que la procesada María Ximena Ariza García fue acusada y condenada por la conducta punible de “falsedad en documento privado” que describe abstractamente el artículo 289 de la Ley 599 de 2000, Código Penal vigente para la época de ocurrencia de los hechos (junio a noviembre de 2003), el cual contempla pena privativa de la libertad que oscila entre uno (1) y seis (6) años prisión.¹

Así mismo, el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) contempla que el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias de segunda instancia dictadas, entre otros, por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial por delitos que tengan pena privativa de la libertad cuyo “máximo exceda de 8 años”.

2. En esas condiciones, en el evento que ocupa la atención de la Sala, resulta evidente concluir que el recurso extraordinario de casación común no procedía, toda vez que, como quedó visto, la conducta punible por la que fue condenada la procesada María Ximena Ariza García, el máximo de pena privativa de la libertad no supera los

ocho (8) años.

3. De otra parte, se advierte que el libelista no interpuso el recurso de casación excepcional, pues revisado tanto el escrito por medio del cual manifestó su inconformidad contra la sentencia de segundo grado como el contenido de la demanda, se avizora que no hizo mención expresa a este discrecional medio de impugnación, motivo por el cual la Corte, en acatamiento al principio de limitación, no puede entrar a reemplazar al impugnante en este aspecto.

Ahora bien, si en gracia a discusión se pudiese entender que el censor acudió a la casación excepcional cuando indicó que el sentenciador “afectó seriamente el non bis in idem y por ende el debido proceso”, aseveración que se relaciona con la hipótesis relativa a la garantía de los derechos fundamentales, de todos modos la presentación del libelo quedó en el simple enunciado, pues no expresó, en forma clara, precisa, lógica y argumentativa de qué manera se desconoció el debido proceso y cuál fue su repercusión en el fallo impugnado.

Recuérdese que respecto al presupuesto de la fundamentación, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada y clara que cuando se trata de la violación de un derecho fundamental, el casacionista está obligado a desarrollar una argumentación lógica dirigida a evidenciar el desacierto, siendo imperioso que demuestre el desconocimiento de una garantía por quebrantamiento de la estructura básica del proceso o por violación de un derecho fundamental, e indicar las normas constitucionales que protegen el derecho invocado y su concreto conculcamiento con la sentencia.

Tales delineamientos no fueron atendidos por el libelista, ya que en lugar de centrar su argumentación con el fin de ilustrar a la Corte cómo en verdad en este asunto se afectó de manera grave la estructura del proceso o el derecho de defensa y su trascendencia frente a las conclusiones adoptadas en la sentencia, como si se tratara de una alegación

de instancia, se limitó a reprochar las razones por las cuales no se le concedió a su defendida el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En fin, no cabe duda que la presunta invocación de la casación discrecional, en esas condiciones, carece del más mínimo desarrollo, motivo por el cual, como se indicó, la Sala, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a complementar.

Además, el único cargo que el demandante presentó contra el fallo de segunda instancia no reúne los requisitos de claridad, precisión y logicidad que para ser admitido establecen las normas que regulan la casación.

En efecto, como lo ha reiterado la Corte, la demanda de casación no es de libre formulación, razón por la cual no es procedente hacer cualquier clase de cuestionamientos a una sentencia que por ser la culminación de un proceso está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que debe ser un escrito lógico y sistemático en el que sólo es permitido denunciar los errores cometidos en el fallo, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, demostrarlos dialécticamente y evidenciando su trascendencia en la parte resolutive del mismo.

El artículo 212 del Código de Procedimiento Penal contempla que el libelo deberá contener, de manera clara y precisa, entre otras cosas, el señalamiento de la causal que se invoca para soportar el error del juzgador y los fundamentos de la misma, así como también las normas que se estimen quebrantadas.

En la demanda que ocupa la atención de la Sala, si bien es cierto el actor fundó el ataque a la sentencia por los senderos de la causal primera de casación, también lo es que no señaló la vía de la trasgresión de la ley sustancial, es decir, si fue de manera directa o indirecta.

Así mismo, no indicó cuáles fueron las razones jurídicas por las cuales, en su criterio,

fue “indebida la aplicación del artículo 63 del Código Penal”, afirmación que, por lo demás, surge contradictoria, en la medida en que si el motivo de la demanda estriba en reprochar como error el no haber concedido a su defendida la suspensión condicional de la ejecución de la pena, necesariamente se infiere la falta de aplicación y no la aplicación indebida de la mencionada preceptiva, pues, se insiste, si dicho sustituto no se otorgó, lógico es concluir que la norma no se aplicó.

No obstante, haciendo caso omiso de la anterior ilogicidad, si se comprendiese que la censura está fundada en la violación directa de la ley sustancial, de todos modos olvidó el actor que la jurisprudencia de la Corte ha señalado insistentemente que cuando se trata de esta hipótesis casacional el libelista no puede discutir la valoración de la prueba realizada por el sentenciador ni cuestionar la declaración de los hechos consignada en el fallo, pues toda su actividad debe estar dirigida exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar o al inaplicar la normatividad al caso concreto.

Se trata, entonces, de un estudio estrictamente jurídico, toda vez que “cualquiera que sea la modalidad de violación directa de la ley, el yerro de los juzgadores recae indefectiblemente en forma inmediata sobre la normatividad, todo lo cual implica un cuestionamiento en un punto de derecho, sea porque se deja de lado el precepto regulador de la situación concreta demostrada, porque el hecho se adecua a un precepto estructurado con supuestos distintos a los establecidos, o porque se desborda la intelección propia de la disposición aplicable al caso concreto...”, pasos que el censor no cumplió y, menos, respetó.²

Ahora bien, en el entendido que la censura la postuló bajo los lineamientos de la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto insinuó que el juzgador violó el artículo 63 del Código Penal al no contemplar la “prueba obrante en el expediente” que demuestra que su defendida no “colocará en peligro la comunidad ni evadirá el cumplimiento de

la pena”, de todos modos no señaló la clase de error, esto es, si de hecho o de derecho, ni el falso juicio que lo determinó, es decir, de existencia, de identidad o de raciocinio, en cuanto al primero, o de legalidad o de convicción, en lo atinente al segundo.

Contrario sensu, se advierte que la inconformidad del censor radica en el grado de estimación que los juzgadores le otorgaron a los elementos de juicio y de los cuales dedujo que la procesada María Ximena Ariza García no era acreedora al sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Y no se puede llegar a otra conclusión cuando en la demanda el casacionista, afirma que su defendida es una persona “con una familia, con arraigo, dedicada por completo a las labores académicas y docentes”, procurando de esa manera imponer su personal criterio frente a las deducciones del juzgador sin acatamiento a los parámetros casacionales dispuestos por la ley.

En esas condiciones, olvida el actor que la simple discrepancia de criterios no constituye yerro demandable en casación, puesto que teniendo en cuenta el sistema de apreciación probatoria que nos rige, el juzgador goza de libertad para justipreciar los elementos de juicio, sólo limitado por los postulados de la sana crítica, cuya trasgresión se debe postular a través del error de hecho por falso raciocinio.

A más de lo anterior, como ya se indicó, pasa por alto igualmente el censor que el fallo llega a esta sede precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, es decir, que los hechos y las pruebas fueron correctamente apreciadas y el derecho acertadamente aplicado, motivo por el cual constituye una carga para el demandante entrar a evidenciar el error in iudicando o in procedendo invocado, según el caso, y demostrar su trascendencia frente a las conclusiones adoptadas en la sentencia.

Por último, la simple lectura de los fallos de primera y segunda instancia permite

evidenciar que el libelista no se sujetó a la verdad contenida en ellos, pues no es cierto que para efectos de la individualización y tasación de la pena se hubiese tenido en cuenta la sentencia condenatoria que se profirió en contra de la procesada por hechos delictuales ocurridos con posterioridad a este caso, como tampoco es cierto que se le hubiese deducido una circunstancia de mayor punibilidad, al punto en que el juzgador partió del cuarto mínimo, situación que desecha su equivocada afirmación.

Por consiguiente, al no reunir la demanda los presupuestos de procedibilidad, claridad y precisión, la Corte la inadmitirá.

Cabe agregar finalmente que el estudio detenido del expediente permite a la Sala concluir que no procede la casación oficiosa por cuanto no se percibe ninguna causal de nulidad ni vulneración de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de MARÍA XIMENA ARIZA GARCÍA.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvo parcialmente el voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Salvo parcialmente el
voto

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

CITA MÉDICA

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Salvo parcialmente el voto

Cita medica

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El derecho fundamental a la legalidad punitiva en su vertiente formal (lex previa) y material (lex certa), monopolio del legislador, garantiza la seguridad jurídica y la libertad personal al establecer los delitos y las penas estrictamente necesarias para la conservación de la sociedad³.

Respetuosamente manifiesto mi discrepancia frontal con la decisión que por mínima mayoría se ha impuesto ahora en la Sala, al entender que no es posible aplicar a hechos que se rigen por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 el inciso 1° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, de donde resulta imperativo para los servidores judiciales

incluido el juez de casación, corregir los -en mi sentir- desvíos que en tal sentido se lleguen a producir sin que con ello se vulnere principio constitucional alguno pues semejantes decisiones no pueden ser fuente de derechos, y la providencia que en instancias los avale no se puede tolerar y, menos, dejar que produzca efecto alguno.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* representa no solo un límite formal al poder punitivo del Estado, sino también uno material que... se ciñe a castigar las perturbaciones más graves de la vida en sociedad... el de legalidad es un principio de racionalización del castigo que... al orden de las infracciones, según la seriedad del mal que causan, ha de comprender el de las sanciones, según su gravedad⁴.

Las razones que me acolitan se expondrán de acuerdo con la secuencia que sigue:

I. Legitimación de las providencias judiciales.

II. Interpretación en Derecho Penal.

III. La pena, sus fines y la culpabilidad.

IV. Sistema acusatorio: axiología y literalidad.

V. Conclusiones. Y,

VI. Refrendación de un criterio.

El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado y también

para la sociedad, en el sentido de que el Estado impondrá las que hayan sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se puedan imponer penas por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación de 7 de marzo de 2007, radicación 25.385, M. P., Dr. Álvaro O. Pérez Pinzón. Agréguese que el olvido, el error o el delito judicial no pueden crear derechos, como tampoco la negligencia de la Fiscalía o de la Procuraduría para recurrir, que a menudo se trae como pretexto de convalidación de esos fraudes a la Constitución y a la Ley válida⁵.

I

Legitimación de las providencias judiciales

1. La mejor manera de legitimar un criterio jurídico es a través del soporte argumental que lo acompañe. Así lo reclama además el derecho fundamental de partes e intervinientes procesales a la motivación de las providencias, el garantismo penal dispuesto hoy no aberrantemente a favor de una sola de las partes sino de todas⁶ y una judicatura democrática, igualitaria e imparcial.

Y significa la fuente de seriedad y fortaleza de los planteamientos afincados en la axiología de la racionalidad, de la razonabilidad, de la proporcionalidad y de la ponderación, principios de la más alta alcurnia en cualquier variable del Estado de Derecho, que tiene como sus valores más caros la dignidad de todos los seres humanos (para el caso involucrados en el proceso penal), la justicia, el orden justo, y, si se trata del Estado Social de Derecho (artículo 1 Const. Pol.), la igualdad, y que tiene entre sus fines, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (artículo 2 Const. Pol.) y, si es Estado Constitucional de Derecho, con un Poder Judicial

rectorizado por una “jurisprudencia de principios” que ha llevado en Colombia a que sus más altos jueces penales por unanimidad ponderen (artículo 27 cpp-04):

Hay que resaltar la necesidad de que la judicatura comprenda el papel que juegan sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico⁷.

2. La práctica del Derecho consiste en argumentar porque, como dice Atienza, esta cualidad es la que mejor define lo que se entiende por buen jurista: capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad⁸.

En procesos judiciales en los que se resuelven problemas jurídicos simples o rutinarios es común que el esfuerzo argumentativo del juez se reduzca a hacer una inferencia entre el supuesto fáctico y la norma; pero en los denominados casos difíciles, en los que la relación entre la premisa fáctica y la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas, la validación de la decisión requiere además de una justificación interna (corrección desde la perspectiva lógica-deductiva), de una justificación externa que impone ir más allá de la lógica en sentido estricto⁹.

3. A partir de los desarrollos teóricos de mitad del siglo pasado (Viehweg, Perelman y Toulmin) y de las propuestas de autores contemporáneos (MacCormick y Alexy), se ha consolidado lo que se denomina teorías de la argumentación jurídica, las que sirven, entre otras cosas, para señalar que

Una decisión judicial se considera justificada cuando el argumento cuya conclusión expresa el contenido de dicha decisión es un buen argumento o un argumento sólido. El argumento contenido en una sentencia judicial es sólido cuando el conjunto de sus premisas (normas jurídicas más enunciados fácticos) es aceptable y su estructura es lógicamente correcta¹⁰.

4. Modernamente las decisiones judiciales se profieren teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad que se edifican a partir de un «test», entendido como una guía metodológica que se desarrolla en tres etapas que intentan determinar: (i) La existencia de un objetivo perseguido a través de la norma. (ii) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. Y, (iii) La razonabilidad de la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

5. El concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de «proporcionalidad», que se integra con tres subcategorías¹¹: (i) La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido. (ii) La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios). Y, (iii) La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

La proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación (artículo 27

cpp-2004) entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado, y entonces se sopesan (ponderan) los dos principios que entran en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prima la solución del caso.

En esta variante (de prohibición de protección deficiente), el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas¹².

Estas premisas teóricas de argumentación han permitido monolíticamente a la Sala de Casación Penal, al buscar proporcionalidad entre los derechos de los victimarios, afincados regularmente en el carácter absoluto de los derechos de primera generación del decimonónico Estado Liberal de Derecho, y los derechos de las víctimas (Estado Social y Democrático de Derecho, y del Estado Constitucional de Derecho -garantismo de los derechos de todos-), a ponderar que los últimos priman:

No se debe desconocer que en situaciones de sucesión o coexistencia de leyes ha de ser tenido en cuenta el principio de favorabilidad, sin olvidar que en supuestos límite dicho postulado debe ser ponderado frente a otros fines, valores y derechos fundamentales que lo pueden hacer ceder y producir su inaplicación¹³.

II

Interpretación en Derecho Penal

Garantismo designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la

justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de superación entre Derecho y Moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno (jurídico) y punto de vista externo (ético-político) en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho¹⁴.

1. Es la operación mediante la cual se trata de asignar sentido a los enunciados jurídicos, determinar su contenido de significado y, con ello, su alcance normativo, proceso interpretativo que parte del tenor literal de los enunciados jurídicos que constituyen su objeto, criterio gramatical-normativo básico en derecho penal asociado a consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática.

La intención del legislador se consigna en consideraciones gramaticales que cuentan mucho en la adscripción de sentido del enunciado jurídico porque la interpretación es principalmente esa asignación en el marco del campo de sentido literal posible del mismo, que además tiene que ver con la integración del enunciado legal en un esquema racional ordenado a la realización de una idea de Derecho.

2. La doctrina y la jurisprudencia dominantes señalan que una interpretación constitucionalmente legítima debe ser respetuosa del tenor literal del enunciado y mostrar razonabilidad axiológica; adecuarse a la orientación material de la norma y ser coherente con el acervo axial (plano político-jurídico), aspecto éste que prima en aquellos casos de fricción con la literalidad del enunciado jurídico-penal. Vale decir: no puede existir en la hermenéutica una absoluta disolución de la legalidad positiva pero se debe buscar la racionalidad teleológica, cuál es el fin de la norma tanto como método para interpretar su enunciado como resultado de la interpretación.

3. La interpretación teleológica de los enunciados jurídico-penales señala que ellos

tienen un telos, que se puede llamar “fin de regulación”, “idea fundamental”, “razón justificante”, y que no siempre aparece expreso en el enunciado jurídico pero puede ser descubierto, logrado lo cual,

cabe reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin¹⁵.

4. Ese telos puede referirse a los fines que el legislador histórico pretendía obtener con la promulgación del enunciado en cuestión, como también a fines independientes de esas pretensiones que pueden aparecer por falta de coherencia entre el dispositivo legal y los valores superiores, y por la evolución social. Los primeros se descubren empíricamente a través de materiales legislativos y del contexto histórico en el que se promulgó el enunciado, mientras que los segundos (salidos de una interpretación teleológico-objetiva) resultan de la interacción del legislador, que inserta el texto del enunciado jurídico-penal en un contexto comunicativo, y el intérprete, quien se aproxima al referido enunciado desde un punto de vista externo a éste (pero “interno” al Derecho).

Los telos de los enunciados jurídico-penales son consideraciones acerca de las consecuencias fácticas que debe obtener el Derecho Penal, así como a los principios axiológicos por los que éste debe regirse. Vendrían dados por la específica racionalidad teleológico-valorativa del Derecho Penal. Y los elementos configuradores de una determinada racionalidad jurídica se manifiestan en la teoría de la política criminal y, más en concreto, en la dogmática de la parte general y de la parte especial, como segmentos de la política criminal racionalizados de modo singularmente intenso¹⁶.

5. Así, pues, en la interpretación hay un camino progresivo que avanza de la descripción

legal al criterio valorativo rector, coincidiendo la mayoría de veces la interpretación del sentido literal con la interpretación de sentido total, como adelante lo demostraré en el asunto de la especie, aunque invirtiendo el orden de los factores para una mejor pedagogía de la tesis que con fundamento toral en el Estado de Justicia, proclamo y defiendo:

Evidenciaré enseguida el estelar papel en las civilizaciones de hoy del Derecho Penal y uno de sus productos, la pena legal y justa (iii), qué quiso el Constituyente (Acto Legislativo 03 de 2002) y el Legislador (Leyes 906 y 890 de 2004) al obedecer el estándar internacional (Reglas de Palma y Estatuto de Roma) de implantar una sistemática acusatoria y cuál fue la política criminal que se adoptó (artículo 251-4 Const. Pol.) reflejada en las partes dogmática o procesalista y procedimentalista del nuevo código (iv).

III

La pena, sus fines y la culpabilidad

La pena y sus fines:

1. El periplo humano dice que una de sus mayores preocupaciones tiene que ver con la determinación de los fines de la pena porque las diferentes posturas han debido enfrentar dos paradigmas: (i) el de sancionar porque se cometió un delito frente al de (ii) penar para que no se cometa un nuevo delito.
2. La teoría ha permitido delimitar la existencia de unas teorías absolutas de la pena que corren en paralelo a las teorías relativas. Entre las primeras se destaca la llamada teoría de la retribución, también conocida como teoría de la justicia, perspectiva desde la cual se entiende que el delito personifica la ejecución de un mal que debe ser compensado con la realización de la justicia que se produce con la imposición de una pena. Dos grandes

filósofos desarrollaron lo que se ha dado en llamar retribucionismo ético (Kant: la pena es un imperativo para la realización de la justicia¹⁷) y el retribucionismo dialéctico (Hegel: la pena constituye la negación del delito: se trata de injusto y justicia).

Las teorías relativas se desarrollan teniendo en cuenta el fin preventivo de la pena. La prevención especial, cuyo centro de atención es el delincuente, a través de la pena busca mejorarlo o resocializarlo -también se ha dicho disuadirlo o inculcarlo- para que no cometa delitos en el futuro.

La prevención general, que concentra su mensaje en el conglomerado social, busca que la imposición de una pena se convierta en medio de comunicación o advertencia para que los miembros de la sociedad eviten la comisión de delitos. La tendencia preventiva negativa hace de la pena un mecanismo de coacción psicológica o intimidatorio. Y la prevención positiva, o integradora, se construye a partir de relaciones de confianza y fidelidad al derecho que conducen a la aceptación de las consecuencias cuando se comete un delito.

3. Sin embargo, y dado el cúmulo de críticas que no superan las mencionadas teorías, muchos autores han desarrollado teorías de la unión, mixtas, unificadoras, en la pretensión de fundamentar sólidamente una teoría de los fines de la pena a partir de un sincretismo epistemológico.

4. Adoptando un criterio moderno y acorde con los desarrollos teóricos contemporáneos, el legislador colombiano de 2000 determinó que la pena tiene fines

de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado¹⁸,

pero aclaró que

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Esta fórmula legal introduce entre los fines de la pena todos los criterios que han sido desarrollados, procurando responder la pregunta de si se pena porque se delinquirió o para que no se delinca.

La [Constitución Política](#)...establece una verdadera política y filosofía del derecho penal y de las penas que condiciona los fines, objetivos y clases de penas que pueden imponerse por el legislador penal: las penas deben ser humanas, dignificantes, limitadas, posibles de cumplir, edificantes, determinadas y conocidas, deben rehabilitar y socializar al condenado¹⁹.

5. Hoy en día no es posible administrar con criterios absolutos los fines de la pena porque a la luz de los principios signados en la Carta Política y los tratados internacionales sería inconstitucional, pues

la pena es una forma de intervención estatal radical y como tal necesita un fundamento legitimador que no puede consistir en ideas metafísicas, sino sólo en la necesidad y conveniencia para la realización de tareas estatales (en el caso concreto: el control de la criminalidad)²⁰.

Si bien modernamente se ha pretendido por un sector mayoritario de la doctrina dar respuesta a los fines de la pena desde una perspectiva preventivo general, no se puede perder de vista que la pena, por contener un reproche personal al autor del delito,

No puede justificarse frente a éste sólo con su necesidad preventiva, sino que también tiene que poder ser entendida por él como merecida (lo que) sucede cuando es justa, esto es, cuando se vincula a la culpabilidad del autor y se limita por el grado de la misma... Dicho en forma simple: la pena debe permanecer bajo la medida de la

culpabilidad incluso aunque tenga sentido desde un punto de vista preventivo²¹.

Culpabilidad y pena:

1. En la medida en que se ha propugnado por un derecho penal que permita hacer responsable a aquellos individuos por lo que han hecho y no por lo que son, porque la culpabilidad dejó de ser un rasgo intrínseco del sujeto, se ha permitido entender la culpabilidad como cualidad que se predica jurídicamente de una persona en relación con la conducta ilícita ejecutada.
2. El «grado» o «cantidad» de culpabilidad es la medida de la pena en tanto aquella determina el monto de esta. Al quedar fijada la culpabilidad del autor se está predicando del mismo su responsabilidad, de donde se desprende el quantum de pena a imponer al sujeto particular y concreto por su calidad de responsable de una conducta delictiva.
3. Si la culpabilidad se entiende como capacidad normal y suficiente de motivación por la norma no hay lugar a discutir que, en la medida en que el llamado de la norma es recibido por el sujeto, dicho mensaje lo motivará a proceder en los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico.
4. De lo expuesto se sigue que solamente podrá ser tenida como pena justa aquella que ponderada a partir de la gravedad del hecho frente a la culpabilidad del responsable de la acción, está en capacidad de vigorizar la confianza colectiva en sus instituciones y la conciencia jurídica de la comunidad. La pena justa no puede pasar por alto que al Estado²²,

además de garantizarles la protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de un recurso en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (le)

[4.5.3.] ... corresponde el correlativo deber de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

(...)

4.5.5. El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un “plazo razonable”. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

(...)

4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

(...) la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación... (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación; (v) al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las

violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción.

5. Pero la pena no solamente tiene que ser justa sino que debe ser respetuosa de la legalidad existente; se debe soportar en los axiomas de efectividad²³ («facticidad») y normatividad («validez») del derecho, de donde su legitimidad dependerá del respeto a los límites que disponga el orden jurídico en tanto expresión de una razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales²⁴, que en el proceso penal se predicen con igual énfasis²⁵ tanto a favor del procesado como de las víctimas²⁶ y la sociedad.

6. Las penas establecidas en la legislación penal han superado los exámenes de constitucionalidad²⁷ y por lo tanto resultan ajustadas al principio de proporcionalidad para sancionar al amparo de sus extremos punitivos los ataques que puedan recibir los bienes jurídicos protegidos, de donde se tiene que la imposición de una sanción que desborde el tope máximo, se tace por debajo del límite mínimo o por vía de alguna de las instituciones del derecho premial conlleve una rebaja de pena más allá de la autorizada legalmente, debe ser corregida, pues desde la Constitución se reclama imperativamente que los poderes públicos en general, y la rama judicial en particular, desplieguen su actividad de manera encaminada a conseguir “la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica”²⁸:

En la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el derecho a la seguridad, y dentro de este el de seguridad jurídica... Así es como el derecho a la seguridad viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin seguridad material y jurídica de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la

incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por tanto la injusticia, cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil.

7. La pena que legalmente se consagra como consecuencia de un comportamiento punible está ajustada dentro de unos límites que le permiten caracterizarla como necesaria, proporcional y razonable (artículo 3° cp) y en tal medida con ella se busca obtener como fines la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (artículo 4° cp).

La clásica pauta “a cada uno lo que le corresponde” se interpreta comúnmente como una apelación al mérito o demérito personal. Quien la hace, la paga. A cada uno lo que ha ganado limpiamente. La justicia reparte premios y castigos atendiendo a la relación entre la causa y su agente. El individuo se responsabiliza de sí mismo ante sí mismo y, sobre todo, ante los demás. El sistema judicial se basa, desde siempre, en dicha concepción de la responsabilidad.²⁹

8. La pena es un mal necesario que, parodiando a Radbruch, se debe utilizar racionalmente hasta que la humanidad encuentre algo mejor para afrontar las conductas desviadas. La reparación no tiene el poder de extinguirla sino en contados casos. Pervive la retribución justa (artículo 4 cpp). Y el monto de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, cómplice o interviniente, constituyéndose en referente indiscutible para la reparación de perjuicios así sea en sede de preacuerdos y negociaciones (artículos 34830, 34931 y 351 inc. último³² cpp), a considerar en el “arbitrio ponderado” que otorga el normativo “hasta” (artículos 288.3 y 351 inc. 1 cpp), “acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”, conforme a texto literal y axiológicamente limpio ubicado en el extremo posterior del juicio de identidad que se realiza entre la antigua sentencia anticipada y la primera “modalidad” de preacuerdos y negociaciones que tipifica el artículo 351 con el nombre

de “aceptación de los cargos”.

Después de que las extensiones legales del principio de oportunidad y las distintas medidas aceleratorias no resultaran suficientes, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia, que se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio y que recientemente en los últimos años ha surgido a la luz de la opinión pública. Justo aquí es donde entran a jugar un papel decisivo los acuerdos informales en el proceso penal, que van a reducir el alto número de causas, los problemas de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos y el cuello de botella de la acumulación de la vista pública³³.

Y no creo que imponiendo penas no legales ni justas (artículos 3 y 4 cp) se construya tejido social, antes por el contrario, la impunidad –así sea parcial- es de los principales combustibles de la criminalidad, además que está fuera de lugar el argumento económico de los costos carcelarios por manutención de presos como pretexto serio para prohiar exenciones, aunque sean fragmentarias, de pena concediendo rebajas que no van para generar verdaderos jubileos criminales en un país acosado por felonías de toda laya.

La condena condicional degeneró en una especie de *ius primae crimine* o derecho a delinquir por primera vez, con lo cual se incrementó la criminalidad y se llegó a un verdadero jubileo criminal, a modo de indulto o de perdón predeterminado, siendo una latente invitación legal a la delincuencia³⁴.

IV

Sistema acusatorio: axiología y literalidad

1. El marco constitucional –Acto Legislativo 03 de 2002- y sus desarrollos legislativos - especialmente las leyes 906 y 890 de 2004- dicen que con la colosal empresa de la implantación del “sistema acusatorio colombiano”, se buscó modernizar la vida jurídica del país, luchar contra la criminalidad y beneficiar a la sociedad con justicia pronta y cumplida; ejercer la justicia penal con el convergente respeto por los derechos fundamentales de imputados, comunidad y víctima; activar una sistemática de partes en juicio oral y público, que propicia control social, de cara a un juez independiente, autónomo e imparcial; y, en fin, trazar las líneas de una política criminal, que se adoptó como política de Estado, de lucha contra la impunidad con fortalecimiento del marco de derechos y garantías de procesados y víctimas, y justicia restaurativa³⁵.

Bien se ha dicho que esta reforma tan solo incidió en la parte orgánica de la Carta toda vez que su parte dogmática permaneció inalterada (preámbulo y artículos 1, 2, 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32) aunque, para la temática que nos ocupa, se ha de resaltar que el derecho fundamental al debido proceso público (artículo 29 Const. Pol.) está atravesado más que nunca por el tipo de Estado que profesa Colombia (Social y Democrático de Derecho, artículo 1 Const. Pol.) y sus fines (artículo 2 Const. Pol.), cuyo principal valor es el de la igualdad (artículo 13 Const. Pol.), además que los derechos de las víctimas, protegidos de antaño por el bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 Const. Pol.), ganaron un refuerzo de protección por la múltiple referencia que de ellos se hace en los nuevos artículos 250 y 251 de la Carta, y en las 89 citas que de ellas ocupa el cpp-04.

2. La Corte Constitucional al hacer una especie de balance de las “modificaciones” que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 en el sistema procesal penal, encontró : (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad; (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación,

autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior³⁶; y, (vi) se acogieron en el sistema acusatorio colombiano fórmulas mixtas que combinan elementos estructurales de las subespecies anglonorteamericano y continental europeo³⁷, alentadas por igual por la política criminal del acuerdo o del consenso, o justicia consensuada.

El procedimiento de la plea bargaining constituye, utilizando palabras de Amodio, “una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes”. La negociación entre el prosecutor y el imputado se ha convertido, estadísticamente, en el modo más habitual de definir los procesos penales como alternativa al sofisticado mecanismo impuesto por el jury trial³⁸.

3. La Corte Suprema de Justicia pioneramente sentenció que:

las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio colombiano, son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos.

No se puede eludir la aplicación del principio, por ejemplo, a situaciones en las cuales la ley 906 de 2004 no contempla privación de la libertad en cierto caso mientras que la ley 600 sí, o en eventualidades en las que la primera consagra bajo determinadas condiciones la libertad provisional y en presencia de las mismas la segunda la niega.

En el caso que resuelve la Corte, al establecerse que la conducta punible de prevaricato por acción imputada tiene prevista pena de prisión de 3 a 8 años y que el artículo 313-2 de la ley 906 de 2004 fijó como requisito de procedencia de la detención preventiva en los delitos investigables de oficio que el mínimo de la pena prevista en la

respectiva disposición sea o exceda de 4 años, es claro que ésta norma resulta aplicable al caso examinado en virtud del principio de favorabilidad penal y que, por lo tanto, debe accederse a la petición inicial de la defensa”³⁹.

4. El Tribunal Constitucional en la sentencia C-592/05, luego de hacer varios reenvíos y acoger el contenido de algunas providencias de la Sala de Casación Penal⁴⁰, señaló que la favorabilidad era aplicable a supuestos de hecho de esa estirpe

en uno -el de la Ley 600 de 2000- y otro -el sistema de la Ley 906 de 2004- pero que reciben en cada uno soluciones de derecho diferentes. Mal podría en efecto pretenderse por ejemplo que se dé aplicación, en virtud del principio de favorabilidad, a las normas que sobre principio de oportunidad se establecen en la Ley 906 de 2004 a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, pues ese es un elemento esencial del nuevo sistema que no encuentra su equivalente en el sistema anterior regulado por la Ley 600 de 2000 y por tanto no se dan en relación con este último los presupuestos lógicos para la aplicación del principio de favorabilidad (Negrillas agregadas).

Agregó que

la interpretación que se hace por esas instituciones (la Fiscalía General de la Nación y Ministerio del Interior y de Justicia) tanto del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 como del artículo 6° de la Ley 906 de 2004 excluye en cualquier circunstancia la aplicación de las normas de la Ley 906 de 2004 a hechos anteriores a su entrada en vigencia de acuerdo con la gradualidad que en ellas se establece. Aún si como lo hace el Vicefiscal General de la Nación no se descarte que el principio de favorabilidad como principio rector pueda aplicarse en casos concretos que puedan llegar a presentarse durante la vigencia de la Ley 906 de 2004.

Y concluyó:

Así las cosas, dado que no queda duda sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad penal, la Corte -además de acoger, por ser claramente respetuosa de las garantías constitucionales, la interpretación adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la Jurisdicción ordinaria en este tema-, declarará la exequibilidad del tercer inciso del artículo 6° de la Ley 906 de 2004 por el cargo formulado, pues se reitera la única interpretación posible del mismo en el marco de la Constitución es la que se desprende de la conjugación de los principios de legalidad, irretroactividad de la ley y favorabilidad penal a que se ha hecho extensa referencia, lo que pone presente que en manera alguna se pueda desconocer la aplicación del principio de favorabilidad, contrariamente a lo que afirma el actor.

Es la llamada “teoría del derecho viviente”, que la Corte Constitucional aplica apenas esporádicamente. Pero ese Alto Tribunal, no obstante el artículo 243 Const. Pol., referido a la “cosa juzgada constitucional”, varió a través de numerosas providencias dictadas en sede de revisión de tutelas, como sonora pero acríticamente se relaciona en la providencia triunfante, ese inicial criterio al reclamar para la procedencia de la favorabilidad en esa sucesión y coexistencia de procedimientos y de leyes, no ya que las figuras fueran idénticas sino similares, cambiando las reglas del juego⁴¹.

Rónald Dworkin analiza cómo a través de frases y giros de lenguaje se fuerza la interpretación jurídica hasta límites insospechados; y Beccaría escribió que “la arbitrariedad se instala cuando el castigo no depende de la voz constante y fija de la ley sino de la errabunda inestabilidad de las interpretaciones”, que Ferrajoli señala como característica de los modelos autoritarios y de derecho penal máximo que pretenden liberar al juez del principio de estricta legalidad.

5. El artículo 4° del Acto Legislativo 03 de 2002 ordenó crear una Comisión para que “presente a consideración del Congreso de la República... los proyectos de la ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema...”, entre los cuales se incluyó una reforma al

Código Penal para aumento de penas con esta motivación:

“Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas...”.

En la Ponencia para primer debate se dijo que

“La razón que sustenta tales incrementos está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas (materia regulada en el Código de Procedimiento Penal) que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”.

El Senador Rojas dijo:

Yo tenía la misma preocupación del Senador Martínez en relación con las penas... pero aquí lo que habría que decir es que en el Código de Procedimiento Penal seguramente tiene que ir un sistema de graduación de las penas por lo que sustancialmente cambió la función de la Fiscalía que ahora no practica pruebas, que ahora no cumple funciones judiciales y que en consecuencia va a significar que haya muchas posibilidades de negociación, de acuerdos entre los sujetos procesales con miras a obtener un resultado aceptable.

El Senador Rivera Salazar expresó:

El sistema acusatorio es un sistema básicamente de rebaja de penas y de otorgamiento de beneficios y de negociación y de acuerdos entre la Fiscalía y la defensa... el sistema está concebido de esa manera, es un sistema de rebaja de

penas, un sistema de preacuerdos, de negociación entre Fiscalía y defensa.

6. Aciertan en sus apreciaciones los Legisladores porque la Comisión Constitucional Redactora había acogido como criterio rector básico de la nueva sistemática, la política criminal del consenso o justicia consensuada que superaba con creces la filosofía del sometimiento recogida en el artículo 40 Ley 600 de 2000 con descuento fijo, y que encuentra respaldo en los valores justicia y orden justo, en los principios de la dignidad humana y democracia participativa y pluralista, y en el fin del Estado Social de Derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, consultando la doctrina globalizada del patteggiamento italiano, el asprach alemán, el plea bargaining anglosajón y la conformidad española⁴². Y se estableció un descuento a ponderar (“hasta”), con

Una relación de política criminal global (sistémica) entre el descuento punitivo y el incremento generalizado de penas (leyes 906 y 890/04): “Un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de existencia singular pues sólo adquieren sentido en función del todo”⁴³.

7. La Corte Suprema⁴⁴ insistió en el criterio que el allanamiento o aceptación de cargos no es igual a la sentencia anticipada, pues en aquél instituto se presenta una activa participación del fiscal y del imputado que incluye las consecuencias punitivas derivadas de lo aceptado, al punto que la ley obliga al juez a respetar los acuerdos, aspectos que no eran contemplados en la legislación anterior toda vez que en ella no se previó ningún tipo de negociación⁴⁵. Se agregó que

la comparación institucional de las dos figuras en estudio, es decir, la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos o de imputación actualmente reglada en la Ley 906 de 2004 no son iguales, toda vez que pertenecen a

sistemas procesales de enjuiciamiento contrapuestos, conclusión lógica y jurídica que necesariamente conlleva a excluir la pretendida aplicación del principio de favorabilidad que reclama la Procuraduría Delegada, pues si bien es cierto que la Sala ha admitido la operancia de la favorabilidad frente a la “coexistencia” de legislaciones, también lo es que ella se verifica siempre y cuando los institutos partan de los mismos supuestos de hecho, evento que en este caso no ocurre.

Y se puntualizó que

aducir que los dos institutos son iguales por cuanto inciden en el campo de la punibilidad, es una afirmación sesgada y genérica que no consulta tanto la estructura de cada sistema como los motivos por los cuales fueron incorporados a cada legislación, resaltándose que en la Ley 906 de 2004 impera como principio la justicia consensual propia de los sistemas de corte acusatorio.

En otra providencia se recalcó que

la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos, la cual, desde ya se advierte, no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación en la audiencia de su formulación prevista en los artículos 293 y 351 de la primera normatividad, y la sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la segunda, pues además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento⁴⁶.

V

Conclusiones

1. Las dos Cortes nacionales en ejercicio puro de sus funciones constitucionales de unificar la jurisprudencia nacional al hilo de los mandatos superiores y de definir los alcances de los derechos fundamentales en sentencias de constitucionalidad, dijeron que en el tránsito y coexistencia de los códigos de procedimiento penal de 2000 y 2004 era viable el principio -derecho de favorabilidad a condición de: (i) no ser la figura correspondiente estructural de la nueva sistemática, vr. gr., el principio de oportunidad, no obstante los vestigios que existían en la antigua codificación; y (ii) ser idénticas las dos figuras, por ejemplo: la definición de situación jurídica. De suerte que:

2. La doctrina comparada, de donde el legislador nacional tomó la figura, puntualiza: (i) El instituto de la conformidad o de los acuerdos, es claro exponente del principio de oportunidad; y (ii) la conformidad es un instituto típico del sistema acusatorio⁴⁷.

3. La política criminal del consenso que alentó al Constituyente y Legislador históricos de 2002 y 2004, es distinta a la del sometimiento que rigió la sentencia anticipada antigua (2000), aquella -la del acuerdo- recogida en los artículos 8-d y 10- de Principios y Garantías- y 354 -reglas comunes-, entre otros.

4. Este acervo axial y de política criminal distinto, llevaron a que el texto de las normas positivas fuera claramente diferente (artículo 27 ccc):

i) "Sentencia Anticipada. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada... El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad...⁴⁸.

ii) La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación⁴⁹.

5. Por esas razones, la aparente mayor rebaja que contempla la última preceptiva no se puede aplicar por favorabilidad porque es “ilegal” de acuerdo con la propia interpretación de la Corte Constitucional en decisión que hizo tránsito a cosa juzgada (sentencia C-592/05), toda vez que la especie justicia consensuada y el género principio de oportunidad, son características del sistema acusatorio global y colombiano que histórica y axiológicamente marcan diferencias radicales con el Ancien Regimen del procesalismo penal nacional. Y no son instituciones idénticas, talvez lejanamente parecidas como dos primas de una misma familia.

Y si se hace un acertado uso del factor de ponderación “hasta” y no se aplica automática e irracionalmente el 50% de rebaja, no siempre la rebaja fija de la tercera parte consagrada en el artículo 40 Ley 600/00 sería inferior a aquella, además qué tal si se acoge el criterio “garantista” según el cual la Ley 890/04, que en su artículo 14 sólo aumenta penas, rige desde siempre y en todo el país, que –concedo- tiene su lógica desde el seno de la legislación que fijó posibilidades (“hasta”) de topes altos de descuentos para alentar al procesado a buscar acuerdos que agilizaran los procedimientos, pero con el simultáneo incremento punitivo de todos los tipos penales para que no hubiera impunidad, criterio rector de la política criminal adoptada para la creación de la nueva sistemática procesal penal, como se resaltó atrás por repetida vez.

VI

Refrendación de un criterio

1. Mirando procedimentalmente la figura se encuentra fácilmente que al detallarse el trámite de la audiencia de la formulación de la imputación, se le señala al fiscal entre sus

deberes el de expresar oralmente (art. 288.3) la “posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”, que puede suceder por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía (art. 293) pero que siempre requerirá de acuerdo respecto del “hasta” de la aminoración de pena pues no siempre será el 50%, como sin fundamentación se viene aplicando en algunas instancias tal vez para aligerar presupuestos carcelarios y de congestión judicial. Es que la aceptación de la imputación a que se refieren los artículos 288.3 y 293 -se reitera-,

comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imposible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

2. Desde el ámbito del procesalismo, se pregunta: (i) ¿Será que cuando el imputado acepta los cargos pero no por acuerdo sino por allanamiento, sí puede retractarse -art. 293 inc. 2 cpp-?. (ii) ¿Será que si la aceptación de cargos sucede por allanamiento y no por acuerdo, serán existentes las realizadas sin la existencia del defensor -art. 354 cpp-?. (iii)) ¿Será que sí es posible utilizar en contra del imputado las conversaciones tendientes a lograr un allanamiento como no es posible hacerlo con los que buscan “un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas”, art. 8-d cpp?. Y, (iv) d) ¿Será que puede el juez autorizar los acuerdos pero no los allanamientos -arts. 10 inc. 4 y 293 inc. 2 cpp-?.

Las respuestas dicen que la “aceptación de la imputación”, bien por iniciativa propia del imputado o por acuerdo con la fiscalía, es figura global -política criminal- de la justicia consensuada que, como primera modalidad, registra el art. 351 inciso inicial en texto claro que reclama “acuerdo” para fijar el “hasta” de la disminución

punitiva.

3. Así, siguiendo las pautas del Tribunal Constitucional: (i) el nuevo código de procedimiento penal adoptó como vertebral de su sistemática, la filosofía del acuerdo y la negociación consagrando en el art. 351 sus “modalidades”, en cambio de la del sometimiento del anterior con su figura estelar de la sentencia anticipada (art. 40 ley 600/00). Y, (ii) si bien es cierto que la primera “modalidad”, en comienzo tiene perfiles parecidos a ésta -sometimiento o aceptación unilateral de la imputación-, al requerirse de acuerdo o negociación para fijar el “hasta” de la pena imponible, presenta una mixtura de las antiguas sentencia anticipada y audiencia especial, que hace exótico el predicado de identidad entre esas figuras.

4. Recuérdesse que el cpp-91 acuñó por primera vez en Colombia la terminación anticipada del proceso creando las figuras de la sentencia anticipada (art. 37) y la audiencia especial (art. 37B), la primera de las cuales implicaba sometimiento con descuento fijo y la segunda negociación, que por supuesto las hacía bien diferentes. El Código de 2000 (Ley 600/00) sólo consagró la primera especie y no la segunda, mientras que el estatuto de 2004 estableció todas las modalidades bajo el rubro general de “Preacuerdos y Negociaciones” en el título II del Libro III, “justicia negociada”, que refleja, además, la influencia de figuras globalizadas, universales y trasnacionales como la conformidad española, el patteggiamento italiano, el asprach alemán y el plea bargaining anglosajón. Y,

5. En fin: al respetar lo que originalmente dijeron las Cortes colombianas sobre la viabilidad del principio-derecho de la favorabilidad en el tránsito y/o coexistencia de estatutos procesales penales (Leyes 600-2000 y 906-2004), la figura del acuerdo y de la negociación es propia, característica, típica y medular del sistema acusatorio, y no es idéntica a la sentencia anticipada del viejo código porque tanto la axiología contenida en la política criminal respectiva como los textos positivos que elaboraron los

legisladores históricos correspondientes, los hacen diferentes. Por eso estimo que la interpretación en contrario es ilegal y sobre un tal predicado no se pueden edificar derechos.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar parcialmente mi voto respecto de lo decidido en el presente asunto, comoquiera que sigo convencido, como se analizó en muchas decisiones anteriores en las cuales la tesis primó, que no es posible aplicar por favorabilidad el porcentaje de atemperación punitiva consagrada en la Ley 906 de 2004, a hechos tramitados dentro de los presupuestos procesales de la Ley 600 de 2000, por lo que procedo a transcribir a continuación lo que sobre el particular he consignado en anteriores ocasiones:

“Para mejor comprensión de las razones que facultan persistir en los motivos que de antaño justificaron decidir de manera contraria a como se hace hoy, estimo necesario abordar en este salvamento parcial tres puntos concretos:

1. Naturaleza y efectos de los principios de favorabilidad e igualdad.
2. Disimilitud entre los institutos de la sentencia anticipada (artículo 40 de la Ley 600 de

2000) y los acuerdos y preacuerdos que contempla el Capítulo único del Título II de la Ley 906 de 2004.

3. Vulneración del principio de igualdad a través de la aplicación, por favorabilidad del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

1. En aclaración de voto anterior, cuando apenas se comenzaba a discernir sobre la aplicación de la nueva sistemática acusatoria, estimé pertinente glosar la afirmación de la Sala mayoritaria referida a la posibilidad de aplicar algunas normas de la Ley 906 de 2004 a asuntos tramitados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de favorabilidad, de la siguiente manera⁵⁰:

“1.2. El principio de favorabilidad y sus alcances constitucionales.

La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo que aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional como parte esencial del debido proceso, en los siguientes términos:

‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable’.

Corresponde por tanto, por su pertinencia, establecer cuáles son los alcances que la Constitución le asigna al mismo.

Pero antes, es necesario aclarar que aunque el concepto ‘derecho penal’, en sentido amplio, es comprensivo del sistema penal y, por tanto, abarca al derecho penal sustantivo

o material, al derecho penal procesal y al derecho penal de ejecución, sin embargo, de ello no puede seguirse que el legislador constituyente hubiera querido cobijar bajo el alcance del principio de favorabilidad a todas las normas del sistema penal; empero, tampoco de ello puede concluirse en el sentido de que el principio sólo alcanzaría a los preceptos contenidos en el derecho penal material (Código Penal y leyes penales especiales), por lo que conviene precisar lo siguiente:

- * El principio nace de la idea de que ley penal expresa la política de defensa social que adopta el Estado en un determinado momento histórico, en su lucha contra la delincuencia.
- * Que toda modificación de las normas penales expresa un cambio en la valoración ético-social de la conducta delictiva, en el cómo y en la forma en que ha de ejecutarse la acción represora del Estado frente a la realización del hecho delictivo y en las reglas de ejecución de la consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción penal.
- * Consiguientemente, como lo ha admitido pacíficamente doctrina y jurisprudencia nacional, la aplicación del principio de favorabilidad no puede estar limitado sólo a supuestos en los que la nueva norma penal descriminaliza la conducta típica o disminuye el quantum de su pena, sino también, cuando la nueva ley (ley penal material, procesal o de ejecución) beneficie al procesado, en el ámbito de su esfera de libertad; siendo comprensiva de tal ámbito, entre otras, las medidas cautelares personales y los parámetros de prescripción de la acción penal.

Por lo tanto, el baremo o medida de valoración para la determinación de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable no está en que el precepto invocado forme parte del derecho penal material, sino en que el mismo afecte esferas de libertad del individuo, por lo que es frecuente encontrar en los códigos de procedimiento penal normas de indiscutible naturaleza sustantiva.

Del análisis que precede se extraen las siguientes conclusiones:

- * La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se extiende a las normas de contenido sustantivo que se encuentren en leyes tanto materiales como procesales y de ejecución.
- * Una norma tendrá carácter sustantivo, cuando afecte las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aquí aludida, como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo.

Ahora bien, los principios de favorabilidad y retroactividad benigna de las normas penales y en particular de las penas, han sido positivizados como expresión de la tutela de los derechos básicos y fundamentales de las personas en los Estados que se reclaman democráticos de derecho, por lo que además hallan sustento en algunos tratados internacionales de protección a los derechos humanos, así:

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.1 en su parte final indica que si la ley posterior dispone una pena mas leve, el penado será beneficiado con los alcances de dicha norma.

B. El Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º en su última parte expresamente declara que debe aplicarse la pena más leve si la nueva ley así lo dispone.

Y siendo que de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, prevalecen en el orden interno, es decir,

que se encuentran incorporados a nuestra legislación a través de la teoría francesa del “bloque de constitucionalidad”, es claro que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹, imponen como obligación el respeto del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal.

(....)

1.3. Materialización del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal favorable.

La igualdad se halla instalada en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, y que por tanto conforma una directriz fuerte en la aplicación de la Ley a un caso concreto.

El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser mirado como igual y con el de igual tratamiento. En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos.

Por lo tanto, la igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes

públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.

En el campo específico del derecho procesal, la jurisprudencia constitucional tiene establecido que 'El someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento'.⁵²

Pero el texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo.

A este respecto, la Corte Constitucional ha resaltado que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario.

Dijo:

'El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a 'acceder' igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La

igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”⁵³.

Finalmente, no puede desconocerse que la aplicación de la ley penal favorable materializa el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en la medida en que es posible que a situaciones fácticas similares se les de tratamientos normativos diferentes en el transcurso del tiempo por fuerza de la cambiante política criminal del Estado, los cuales pueden resultar más o menos gravosos para sus destinatarios, quienes estarían en ciernes de invocar a su favor aquellos preceptos creados en otros contextos para regular de manera benévola situaciones semejantes, a fin de ser receptores de igual merced. Véase cómo en tales eventos el trato favorable realiza el concepto de igualdad en los términos aquí analizados.”

1. No se discute ya que, precisamente en seguimiento de las pautas atrás trazadas, es posible aplicar por favorabilidad algunas normas de la Ley 906 de 2004 a procesos adelantados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000.

No es ello algo que hoy pueda ser objeto de discusión. Sin embargo, en tratándose de dos sistemáticas completamente diferentes, comoquiera que la Ley 906 de 2004 busca implementar en el país el modelo acusatorio, en contraposición a los dispositivos anteriores, de corte inquisitivo o mixto, esa aplicación favorable sólo opera respecto de institutos similares, de manera que aquellos propios del tipo de procedimiento novedoso, resultan de imposible entronización en el régimen anterior.

Y ello es lo que sucede con esa forma de terminación anticipada que con el rótulo de allanamiento a cargos regula la Ley 906 de 2004, pues, como se había sostenido invariablemente por la Sala mayoritaria hasta ahora, sin que existan nuevos desarrollos

legislativos o argumentos distintos a los que para esa época soportaban la posición disidente, que obliguen cambiar lo dicho, no se trata de un mecanismo independiente que por sí mismo se entienda compartir las aristas básicas o presupuestos fundamentales de la sentencia anticipada regulada en la Ley 600 de 2000, a la manera de entender ambas figuras hermanadas en su naturaleza y efectos.

Se dijo antes, y ahora debo reiterarlo, que el allanamiento a cargos no opera en calidad de figura aislada o refractaria a las características específicas del sistema acusatorio, sino como instituto connatural al mismo y, en especial, a esa forma de justicia consensuada o premial que se busca hacer valer, en el entendido, desde luego eficientista, de que por su naturaleza resulta imposible tabular a través del juicio oral un porcentaje muy alto de procesos.

Por ello precisamente la Ley 906 de 2004 consagra institutos claramente dirigidos a buscar esa terminación anticipada o extraordinaria de las investigaciones penales, dentro de los cuales destacan el principio de oportunidad y lo que en el Título II se reseña bajo el epígrafe de “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”.

Bajo ese rótulo genérico del Título segundo en cita, cabe relevar, se insertan tanto las negociaciones propiamente dichas, como el allanamiento a cargos, no sólo porque la simple revisión exegética de la normatividad así lo informa, sino en atención a que no se entienden ambas como figuras disonantes o siquiera alternativas, sino propias de esa teleología premial arriba destacada.

No en vano el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 expresamente se refiere al allanamiento a cargos operado en la audiencia de formulación de imputación, para significar que en ese momento procesal puede aspirar la persona a una rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”, para, a renglón seguido, determinar como el

consecuente escrito de acusación que por congruencia servirá de base a la necesaria sentencia de condena, ha de consignar el acuerdo, no otro distinto, debe señalarse, a aquel en el cual se definió entre las partes –fiscalía y defensa-, cuál, dentro del ámbito de atemperación regulado por la norma, será el porcentaje concreto a aplicar a favor del procesado.

Ahora bien, en la decisión de la cual discrepo se pretende controvertir el argumento exegético, significándose que el allanamiento a cargos se encuentra regulado dentro de la Ley 906 de 2004 en capítulo distinto o independiente al único del Título II, en el cual se detalla lo concerniente al campo de preacuerdos y negociaciones, agregándose que lo contemplado en el inciso primero del artículo 351 se establece apenas para “trazar” los efectos de ese allanamiento.

No parece que sea así, pues, en primer lugar, si el tema apenas remitiese a un aspecto instrumental, nada obsta para que allí mismo, cuando se regula la audiencia de formulación de imputación y su trámite, se dejara sentado ese porcentaje de reducción, en lugar de deferirlo a un Título y Capítulo que contempla un aspecto eminentemente sustancial, propio, como se viene anotando, de la teleología consignada en la Ley 906 de 2004.

La evaluación, entonces, es la contraria, si se trata de respetar los valores y diferencias entre lo sustancial y lo simplemente procedimental consagrado por la nueva normatividad.

Vale decir, si el allanamiento a cargos se relacionó expresamente en el Título referido al instituto de los preacuerdos y negociaciones, no apenas para “trazar” el porcentaje de reducción de pena, sino entendiéndolo mecanismo propio de la justicia premial y consensuada desarrollada en su único capítulo, lo lógico es comprender que la reiteración accesoria instituida en otros capítulos, busca apenas establecer procedimentalmente la forma (momento y modalidad) como ese mecanismo se hace efectivo en el estado procesal en el cual se hace la manifestación de voluntad del

procesado.

Es que ese allanamiento a cargos no tiene apenas un momento procesal de materialización: la audiencia de formulación de imputación -quizás porque se tuvo en mente la aplicación por favorabilidad del máximo del 50% permitido para esta forma extraordinaria de terminación del proceso-, obrando también posible que ello suceda en la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5°), permitiendo la reducción de pena de “hasta en la tercera parte”, y al comienzo de la audiencia de juicio oral (artículo 367), aquí con una sola opción de atemperación punitiva de una sexta parte.

Esa auscultación normativa permite apreciar que no se trata de que el legislador buscase ubicar el allanamiento a cargos en un apartado diferente del Título destinado a los preacuerdos y negociaciones, sino apenas de establecer cómo opera procesalmente la figura dentro de los tres estadios o momentos que la permiten.

No es posible, tampoco, examinar aislada y descontextualizadamente el allanamiento a cargos, como si se tratase apenas de una reiteración de lo que bajo la denominación de sentencia anticipada consagraba el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, dado que además de hacer parte de esa teleología propia del sistema acusatorio, encaminada a facultar soluciones anticipadas del conflicto, irradia los motivos que impelieron la expedición de la Ley 890 de 2004, en el entendido que las generosas rebajas establecidas en la novísima sistemática, obligaban, para hacer valer los principios de legalidad de la pena y retribución justa inserta en la misma, incrementar los montos sancionatorios definidos para la generalidad de los delitos en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000).

Entonces, para equilibrar los conceptos en pugna, como fiel de la balanza, a la par con el alto porcentaje de reducción producto de los acuerdos, sea por la vía de la negociación o de la aceptación de cargos, se estableció el incremento generalizado de penas, en una proporción de la tercera parte para su mínimo y la mitad del máximo

(artículo 14 Ley 890 de 2004).

Por manera que, inescindiblemente, cuando se trata de aplicar la atemperación punitiva posibilitada de entregar por ocasión del allanamiento a cargos ocurrido en la audiencia de formulación de imputación, para hacerlo valer en la tramitación seguida dentro de los derroteros de la Ley 600 de 2000, ello se encuentra atado a la pena legal establecida respecto del delito, que no es otra diferente a la consignada en el Código Penal, incluido el incremento ordenado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, pues, sólo así se respeta la filosofía del mecanismo, junto con los principios de legalidad de la pena, retribución justa e igualdad, aunque este último aspecto lo abordaré en líneas posteriores, de manera más detenida.

Desde otra perspectiva argumental, aunque parezca simplemente instrumental, no puede soslayarse cómo respecto de las figuras en contrastación (sentencia anticipada y allanamiento a cargos), existe una postulación diferente en la forma de aplicar la reducción punitiva, pues, mientras en el primer caso esa atemperación opera automática, con un porcentaje fijo de la tercera parte, el segundo establece una progresión (que ya la Corte significó comienza en una tercera parte y un día, y culmina en el cincuenta por ciento).

De ello se sigue que no necesariamente la proporción a reducir es la máxima establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, corriendo de cargo del funcionario judicial –o de las partes a través del acuerdo que regula el artículo en cita- señalar cuál en concreto será esa atemperación.

Ello no ocurre con la sentencia anticipada que estatuye el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en la cual ningún arbitrio del funcionario judicial o negociación entre las partes faculta hacer reducción diferente a la única que permite la ley.

De allí que ninguna similitud consustancial pueda pregonarse de institutos disímiles

en su naturaleza, objeto, consecuencias y forma de aplicarlas.

Porque, si se trata de que, en seguimiento del principio de favorabilidad, se aplique a casos rituados por la Ley 600 de 2000, la forma de atenuación punitiva establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, ya de entrada se está exigiendo del funcionario judicial un arbitrio o injerencia que de ninguna manera permite la primera de las normatividades citadas y que, además, implica hacer apreciaciones, ora objetivas, ya subjetivas, que por ninguna parte consagra esa tramitación penal.

Y, basta apreciar la forma en que la Corte Constitucional trata de solucionar el problema, ofreciendo al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad alternativas que le permitan determinar el porcentaje a reducir en el caso concreto, para advertir cómo el asunto comporta bastantes dificultades⁵⁴, que radican, debe repetirse, en la diversa naturaleza y efectos de las figuras que pretenden homogeneizarse.

Ahora, han tratado la que hasta hace poco era posición minoritaria de la Sala de significar similar la figura de la sentencia anticipada, con el mecanismo de allanamiento a cargos, a partir de la elaboración más o menos detallada de un listado de factores comunes a ambos institutos.

Empero, pienso que no es esa una adecuada forma de abordar el punto, simplemente porque siempre habrá posibilidad, no importa cuán disímiles sean las figuras en confrontación, de hallar muchos factores comunes, sin que ello, desde luego, signifique igualación o similitud.

Lo importante no es, al respecto, cuántas circunstancias afines se hallen, sino definir en concreto una naturaleza y efectos que por su trascendencia delimiten equiparables los institutos.

Asunto que, estimo, dista mucho de ocurrir en lo que respecta al parangón intentado realizar entre la figura consagrada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y el mecanismo establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, dado que si bien comportan muchas o pocas características comunes, es lo cierto que ellas son insuficientes para desvirtuar un hecho cierto, referido a que se insertan dentro de sistemáticas diferentes, verifican una teleología también distinta y producen efectos prácticos incompatibles.

Al efecto, apenas para referir a título de ejemplo cómo asoman deleznales algunos de los factores comunes destacados para concluir en la simbiosis supuestamente existente entre la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, resulta cuando menos controversial sostener que ambos institutos se hermanan porque en la sentencia anticipada antes de aceptarse esa postulación del procesado, éste ya ha tenido la oportunidad de haber sido oído dentro del proceso, en diligencia de indagatoria, y de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, algo que supuestamente también ocurre con el allanamiento a cargos, dado que ya existe formulación de imputación.

Una tal afirmación olvida que en su naturaleza ese acto de formulación de imputación es de comunicación por parte de la fiscalía, pero, en estricto sentido, no implica que el imputado haya sido oído (por la razón obvia de que no existe indagatoria), ni que se ejerza amplia y materialmente el derecho de contradicción, porque allí, entre otras cosas, como lo han sostenido de consuno la Corte Constitucional y esta Corporación, no existe obligación para la fiscalía de que haga algún tipo de descubrimiento probatorio.

Así, no puede ser lo mismo, por mucho que se pretenda ejercitar la dialéctica, que el procesado, en la sistemática de la ley 600 de 2000, pueda conocer todas las pruebas (plenamente vigente el principio de permanencia de las mismas) y además exponga su particular visión de lo ocurrido, remitida a contradecir esas pruebas, a que, cual ocurre en

la sistemática de la Ley 906 de 2004, se le cite a una audiencia en la que, en términos estrictos, el fiscal simplemente le comunica cuáles son los hechos por los que se le investiga y su significación jurídica, sin posibilidad de pronunciarse respecto de ellos en aras de pregonar inocencia o ausencia de participación (para ejercer la inexistente defensa que pregonaba la sentencia de tutela), ni mucho menos ejercer el derecho de contradicción respecto de unos elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que no conoce o puede exigir conocer.

Algo similar ocurre con la manifestación efectuada en la sentencia de revisión de tutela, atinente a que la sentencia anticipada comporta la confesión simple del procesado, y otro tanto debe entenderse ocurre con el allanamiento a cargos.

Para quienes conocen la naturaleza del sistema acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, no puede significar más que un despropósito la afirmación de que el allanamiento a cargos traduce la confesión simple del procesado, por la potísima razón que esta normatividad no consagra como prueba, o siquiera evidencia, esa manifestación unilateral de responsabilidad penal.

Se busca, sí, superar esa evidente dificultad, señalándose que “se trata de una idea de confesión en sentido natural”.

¿Qué es una confesión, si nos hallamos dentro de un procedimiento penal, en “sentido natural”? , vaya uno a saber, pero asoma claro que si esa confesión no tiene efectos jurídicos o procesales, pues, sencillamente, de nada sirve para fundamentar la posición encaminada a definir equiparables los institutos de la sentencia anticipada y allanamiento a cargos, bajo el argumento de que ambos comportan una confesión que, finalmente, asoma completamente disímil en su naturaleza y efectos.

Por último, en lo que a la crítica del método de equiparación compete, no puede ser argumento válido para parangonar como similares ambos institutos de terminación

anticipada del proceso, acudir a los principios que informan el proceso penal en general (lealtad, publicidad, eficiencia, presunción de inocencia), comoquiera que ellos, por su naturaleza general, permean todas cuantas instituciones consagran ambos sistemas (dado que son soporte de los dos) y, en consecuencia, una inferencia lógica obtenible a partir de allí perfectamente llevaría a conclusiones tales como que el principio de oportunidad es similar a la sentencia anticipada, y todas las demás que quieran hacerse.

En suma, no se ha ofrecido un argumento contundente que signifique efectivamente similares o asimilables los institutos de la sentencia anticipada, disciplinado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y el allanamiento a cargos que consagra la Ley 906 de 2004. Y, en contrario, sigue siendo válido sostener que el segundo de los mecanismos opera consustancial a la teleología propia de la sistemática acusatoria pretendida implementar en el país, con una naturaleza, efectos y aplicación material que en mucho se apartan de la sentencia anticipada.

3. Se anotó en el primero de los puntos tratados que el principio de favorabilidad constituye desarrollo, o mejor, efectivización del principio de igualdad, dado que, finalmente, lo que se busca con la aplicación ultractiva o retroactiva de la norma no vigente para el momento de los hechos, es equiparar la condición del procesado a la de aquellos otros a quienes se aplica esta en toda su extensión.

En este sentido se sostiene que la decisión de aplicar a favor del procesado, para el caso concreto, el porcentaje de atemperación punitiva dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, no obstante ocurrir los hechos y verificarse su tramitación en vigencia de la Ley 600 de 2000, obedece a la necesidad de dar aplicación a ese principio de igualdad.

Supone el argumento, para trasladarlo al campo práctico, que se advierte en las personas sometidas al procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, quienes,

acogiéndose al instituto de la sentencia anticipada durante el período de la instrucción, sólo recibieron un descuento punitivo de la tercera parte, una especie de trato desfavorable o desigual frente a lo que sucede con aquellos que al día de hoy se allanan a cargos en sede de lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, razón que amerita la intervención de la judicatura, en seguimiento del principio de favorabilidad, para otorgarles un trato que equipare esas dos condiciones disímiles.

Sucede, sin embargo, como paradoja fundamental, que la decisión de aplicar el principio de favorabilidad lejos de respetar o hacer material el principio de igualdad, instituye una desigualdad odiosa.

Es que, cuando menos contradictorio, debe asumirse que para favorecer a la persona juzgada bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, se termine inclinando tanto el fiel de la balanza, que en lugar de igualar su condición a la de los imputados sometidos al imperio de la nueva sistemática acusatoria, termina ella obteniendo beneficios mayores a los que se otorgan a quienes se allanan a cargos en curso de la audiencia de formulación de imputación regulada por la Ley 906 de 2004.

En efecto, para objetivarlo con un ejemplo elemental, si para el delito por el cual se juzga a la persona, se establece en el Código Penal una pena mínima de 2 años, y esa persona se acoge al mecanismo de la sentencia anticipada establecido en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, durante la fase de investigación, el porcentaje de rebaja de pena (suponiendo que se parta del mínimo de la sanción) de la tercera parte, implicará que la sanción derive en 16 meses de prisión.

Pero, si se le aplica por favorabilidad lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en su mayor cantidad de reducción, esa pena se ve disminuida a 12 meses de prisión.

Cosa distinta ocurre con la persona juzgada bajo la férula de la Ley 906 de 2004, pues, en

el mismo ejemplo, el delito debe incrementarse en una tercera parte por ocasión de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, hasta delimitar su mínimo en 32 meses, los cuales, disminuidos en el mayor porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, descienden a 16 meses.

Evidente surge, entonces, que la aplicación retroactiva del principio de favorabilidad no iguala a las personas sino que establece una ventaja caprichosa e incluso ilegal (en términos de la pena y su función retributiva).

Nótese que, en el ejemplo propuesto, la pena a la cual accede el procesado que se acoge a sentencia anticipada en la sistemática derogada (16 meses), resulta igual a los 16 meses que debe purgar el imputado que recibe el máximo beneficio por allanarse a cargos, por manera que, huelga anotarlo, ningún provecho, en términos reales, puede aspirar a recibir el primero de los mencionados, simplemente porque, examinada en todo su contexto la figura, no resulta más conveniente para él acceder a lo establecido en la novísima normatividad.

Es que, precisamente, la imposibilidad ostensible de igualar las condiciones de los procesados en ambos sistemas obedece a que necesariamente debe examinarse el tópico de la favorabilidad desde una óptica contextualizada que tome en consideración no sólo la teleología del instituto de allanamiento a cargos establecido en la Ley 906 de 2004, sino su inescapable vinculación con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004.

En estas condiciones, si de verdad se tratase de hacer valer el principio de favorabilidad desde una postura que en lugar de sacrificar el principio de igualdad que es su norte y finalidad, lo haga válido y operativo, indispensablemente habría que incrementar la pena de la forma prevista por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para luego hacer la reducción permitida por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en los casos en los cuales la persona cuyo proceso se tramitó por lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, aspire

a que se aplique en su beneficio el principio en cuestión.

Pero ello, como se habrá advertido, no representa en la práctica ninguna diferencia (en ambos casos, dentro del ejemplo ideal propuesto, la pena será de 16 meses), sencillamente porque no es necesario igualar, a través del fenómeno de la favorabilidad, lo que el legislador ya ha igualado. Mucho menos si bajo ese prurito se termina discriminando de manera odiosa a quienes vienen siendo juzgados dentro de la órbita del sistema acusatorio.”

De los señores Magistrados,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Artículo 289: “El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años”.

2 Rad. 14899, sentencia del 6 de mayo de 2003; Rad. 18580, auto del 12 de mayo de 2004; Rad. 21821, sentencia del 2 de marzo de 2005, entre otras.

3 AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, El Derecho fundamental a la legalidad punitiva, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, página 363.

4 “Y, así, debiendo la ley, en virtud de tales exigencias concebir la pena como un mal necesario y proporcionado a la gravedad del delito, en el corazón mismo del principio de legalidad se halló inscrito, naturalmente, otro, el de intervención mínima o

proporcionalidad en sentido amplio". Tomás Vives Antón, Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal, en Estudios de filosofía del derecho penal, Bogotá, Uni-Ext., 2006, p. 298. El principio de legalidad aparece, además de antitético del principio de oportunidad (artículos 250 Const. Pol. y 321-330 cpp-2004), en el estatuto procesal penal último como principio rector y garantía procesal (artículo 6), y como criterio modulador de la actividad procesal (artículo 27). Para mí una pena es legal cuando se tasa dentro de los parámetros que establece la ley. El valor justicia implica que no haya impunidad. Y no hay pena justa cuando se reconocen atenuantes ilegales, es decir, que no contempla la ley como "fin de regulación", "idea fundamental" o "razón justificante", o porque no haya razonabilidad axiológica que entre en fricción con el tenor literal del enunciado, como adelante lo demuestro.

5 Yesid Ramírez Bastidas, Aclaración de voto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 16 de mayo de 2007, radicación 23934, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. El principio de legalidad se traduce en materia penal en la necesidad imperiosa e insoslayable de que el legislador defina previamente el delito y la pena, el juez competente, las formas propias de cada juicio y las condiciones de ejecución de la sanción, con lo que se delimita el ejercicio del ius puniendi y se ata al parlamento a los contenidos supremos, pues éste debe responder "a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo". Corte Constitucional, Sentencias SU-1722/00 y C-070/96.

6 "La garantía de la defensa corresponde a todas las partes... De hecho, en muchos casos es una afirmación casi automática, aquella de que la defensa corresponde a la parte pasiva del juicio... Sin embargo, no consideramos acertada esta reducción subjetiva de la garantía de la defensa a una sola parte, sino que, por el contrario, entendemos que se dirige y ampara a todas las partes del proceso, en lo que constituye, por cierto, una característica esencial a tener en cuenta para la elaboración

del concepto de esta garantía constitucional". Alex Carroca Pérez, Garantía constitucional de la defensa procesal, Barcelona, Bosch, 1998, p. 86-87. Y además resulta elemental que la parte sea parcial por y para sus intereses; que el litigante también lo sea según los intereses de la parte que asiste, sea victimario, víctima, tercero civilmente responsable o asegurador -sistema de partes-; pero el juez tiene que ser imparcial, independiente y autónomo, el fiel de la balanza a través de la ponderación de derechos. María Inmaculada Ramos Tapia, Los deberes de imparcialidad y vinculación exclusiva al Derecho, en El delito de prevaricación, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2000, p. 146.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias 11 julio de 2007 y 10 abril 2008.

8 Manuel Atienza, Las razones del derecho, México, UNAM, 2003, p. 1.

9 Manuel Atienza, Las razones..., ob. cit., p. 25-26.

10 Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, Argumentación judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 23.

11 Robert Alexis, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

12 "En razón de esta función, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional... que se encarga de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios". Carlos Bernal Pulido, El derecho de los derechos, Bogotá, Uni-Ext., 2005, p. 139 y 97.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias de julio 11 de 2007 y

abril 10 de 2006. Corte Constitucional, Sentencias C-580/02, C-004/03, C-979/05, C-1154/05, C-370/06, C-454/06 y C-209/07. Por supuesto que las víctimas son titulares de un amplio elenco de derechos fundamentales que ganaron espacio en la conciencia de los Pueblos, en su axiología y en la normatividad positiva, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial (1945), cuando el Estado Social y Democrático surge para proteger los derechos de tercera generación, en particular la Paz (artículo 22 Const. Pol.). La Carta Política les hace un amplio registro en los artículos 1, 2, 15, 21, 29, 229, 250 y 251, además del bloque de Constitucionalidad (artículo 93 Const. Pol.), que se han materializado en derechos a la verdad sobre lo ocurrido (para la memoria individual y colectiva, y para que no haya repetición), para que haya justicia (se evite la impunidad, así sea parcial) y efectiva reparación (que en sus distintas vertientes, requiere de verdad completa y penas “legales” y “justas”).

14 Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 853. “Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 19.

15 Jesús-María Silva Sánchez, Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal, en Estudios de filosofía del Derecho Penal, Bogotá, Uni-Ext., 2006, p. 373.

16 Jesús-María Silva Sánchez, Sobre..., ob. cit., p. 376.

17 Kant señala que “cuando se infringe la justicia no tiene ningún valor que los hombres vivan sobre la tierra”.

18 Código Penal de 2000, artículo 4°.

19 Jesús Orlando Gómez López, La teoría del delito desde la perspectiva de la Constitución venezolana, Barquisimeto, Judec, 2008, p. 38.

20 Claus Roxin, Conclusiones finales en Crítica y justificación del derecho en el cambio de siglo, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 319. “Un adecuado sistema de política criminal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial”. Corte Constitucional, Sentencia 7 dic. 1993.

21 Claus Roxin, Conclusiones... ob. cit., p. 319.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 11 de julio de 2007, radicación 26945.

23 Mientras que para Kelsen la efectividad aparece vinculada a la existencia del Estado y a la capacidad de imposición política, para Hart el principio de efectividad se plasma en términos de regla o práctica social.

24 Joseph Aguiló Regla, Sobre la Constitución del Estado Constitucional, Doxa, 24, Alicante, 2001, p. 455.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia de 11

de julio de 2007, radicación 26945, y de 10 de abril de 2008, radicación 29472.

26 Véanse: Gerardo Landrove Díaz, *La moderna victimología*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998; M. Carmen Alastuey Dobón, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; Alberto Alonso Rimo, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002; Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; y, Comisión Colombiana de Juristas (ed.), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

27 La fijación de los límites mínimo y máximo de la escala de penas se conoce en la doctrina como proporcionalidad cardinal o absoluta. Adrew von Hirsch, *Censurar y castigar*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p.45 s.s. “Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley. Se trata del apotegma universalmente conocido como “nullum crimen, nulla poena sine lege”. El principio de legalidad opera en un doble sentido, (i) como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, en la medida en que le impone definir previamente qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a aplicar por su realización; y (ii) como garantía para el procesado y la comunidad, atendida la certidumbre que genera el saber de antemano que sólo será objeto de sanción penal la conducta erigida en delito por la ley y que únicamente se impondrá la pena dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos por la misma”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación, radicación 28059, M. P., Dra. María del Rosario González de Lemos. “En efecto, los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos y por lo mismo elevados por el legislador a la categoría de

delitos así como la correspondiente sanción previamente establecida a fin de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley, sin que tales marcos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación, radicación 24.030, M. P., Dr. Julio Enrique Socha Salamanca..

28 Corte Constitucional, sentencias C-004/03 y C-871/03, refiriéndose al non bis in ídem y declarando que tal principio no es absoluto. “En el ámbito internacional se ha llegado a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados. Se trata de una exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales”. Alfonso Daza González, Víctimas en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, Bogotá, Universidad Libre, 2006, p. 56.

29 Ángel Puyol, El discurso de la igualdad, Barcelona, Editorial Crítica, 2001, p. 203.

30 “Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.

31 “En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

32 “Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos

entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes”.

33 Silvia Barona Vilar, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1994, p. 31.

34 Luis Enrique Romero Soto, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, 1969, p. 553. “...a la cabeza de sus grandes problemas y mayores desgracias, la impunidad en Colombia, junto con la violencia, la corrupción y el narcotráfico, se erigen como una de las peores culturas de lastre que tanto contribuyen a mantenerla sumida en su profunda crisis”. Germán Puyana García, *¿Cómo somos los colombianos?*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2005, p. 275. El examen diario de expedientes ha señalado la práctica judicial discutible de reconocer sin más, a un allanado el máximo del descuento, que no puede suceder, vr. gr., en casos de flagrancia o de prueba de cargo contundentes. Y si ese descuento es razonado, más el incremento generalizado de penas por el que aboga el Magistrado Gómez Quintero, del artículo 14 de la Ley 890/04, vigente –según él desde los albores del sistema acusatorio colombiano-, por supuesto que la rebaja fija de 1/3 de pena consagrada en el mentado artículo 40, será siempre mayor.

35 Luis Camilo Osorio y otros, *Prólogo, Presentación y SPA: una política criminal para la lucha contra la impunidad en un marco reforzado de derechos*, en *Nuevo código de procedimiento penal*, Bogotá, CEJ, 2004, p. 21-40.

36 “En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal

penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio”. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05.

37 Corte Constitucional, Sentencia C-591/05. Además, repárese Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo No. 237 de 2002 Cámara, por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, y Juan-Luis Gómez Colomer, *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2003, p. 55.

38 Luis Alfredo de Diego Díez, *Justicia criminal consensuada*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1999, p. 75. “Estos acuerdos informales (en Alemania) funcionan de forma similar al plea bargaining de los EU (y) lo que en Alemania fue producto de una práctica judicial ha sido introducida en España y en Italia por los propios legisladores”. Silvia Barona Vilar, *La conformidad...*, ob. cit., p. 32.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Única Inst. agosto 3 de 2005, radicación 19094, M. P., Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

40 La Corte Constitucional hizo expresa referencia a los autos del 4 de mayo de 2005, raditaciones 19094 (reiterado en el auto de 7 de abril de 2005, radicación 23312) y 23567.

41 “La definición, como la palabra lo sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una

palabra separada”. H.L.A. Hart, El concepto de Derecho, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, p. 13. «Parecido» significa tener determinada apariencia o aspecto que le asemeja a algo; «similar» es lo que tiene semejanza o analogía con algo. Son expresiones sinónimas de «semejante» que significa que las partes guardan todas respectivamente la misma proporción en relación con otra. Es parecido a lo que ocurre con los vocablos “equiparable” y “analogía”. «Idéntico» significa lo mismo que otra cosa (institución) con que se compara. Véase Diccionario de la Lengua Española, 22 edición.

42 El Comisionado encargado del tema, escribió: “No debe perderse de vista que los preacuerdos y negociaciones, bien entendidos y acertadamente ejecutados, procuran imprimirle rapidez al trámite de juzgamiento, sobre la base de un consenso justo, pudiéndose decir que si bien el procesado es el creador del conflicto también debe intervenir como parte decisiva” Gustavo Gómez Velásquez, Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el cpp -arts. 348 a 354-, en Sistema penal acusatorio, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 69 ss.

43 Camino Vidal Fueyo, El principio de proporcionalidad como parámetro, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 11º año, T.II., Montevideo, Fundación Honrad Adenauer Stiftung, 2005, p.430.

44 Que acaba de decir: “En realidad, no parece razonable que en el sistema procesal anterior la víctima pudiera disponer de su pretensión indemnizatoria, pero en el nuevo, cruzado transversalmente por el instituto de las negociaciones, preacuerdos y acuerdos, esa capacidad dispositiva quede limitada”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia abril 9 de 2008, radicación 28161.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 23 de agosto de 2005.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 23 de mayo de 2006, radicación 25300, con reiteración en la sentencia de casación de 3 de mayo de 2007, radicación 23486.

47Silvia Barona Vilar, La conformidad..., ob. cit., p. 31 y 33.

48 Artículo 40 Ley 600 de 2000.

49 Artículo 351 inc. 1º Ley 906 de 2004.

50 Sentencia de segunda instancia, radicado 23.567

51 Incorporados a nuestra legislación interna, por virtud de la Ley 16 de 1972 y de la Ley 74 de 1968, respectivamente,

52 Sentencias de la Corte Constitucional C-409 de 1999 y C-040 de 2002.

53 Sentencia C-104/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero

54 Sentencia T-098 de 1996, páginas 27 y 28.